

## DA TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

MARCOS LUIZ DA SILVA

*Advogado da União em Teresina - PI*

*Professor Efetivo da Universidade Estadual do Piauí; e*

*Pós-Graduado em Direito Processual pela Esapi/UFPI*

1 Introdução; 2 O Princípio do Concurso Público; 3 Noções Indispensáveis à Discussão da Matéria; 4 Da Transposição de Cargos da Administração Indireta para a Administração Direta: Análise Constitucional; 5 Conclusões; 6 Referências.

### 1 INTRODUÇÃO

A figura da “transposição” de cargo público ganha a cada dia mais adeptos dentro da Administração Pública, constituindo-se em mecanismo de “racionalização” do serviço público, sendo definida normalmente como forma de provimento derivado de cargo público, mediante o qual se transporta o cargo com seu titular para outra carreira, independentemente de concurso público específico, passando o servidor a se ocupar de novo cargo, com atribuições diversas do anterior<sup>1</sup>.

Apesar dessa constatação, é ainda parca a contribuição da doutrina para a compreensão exata do referido instituto jurídico, muito embora a jurisprudência sobre a matéria seja farta, em especial do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, algumas indagações permanecem obscuras, e

merecem uma atenção maior por parte dos estudiosos do Direito, como por exemplo: a Constituição Federal albergaria ou não a transposição de cargos da Administração Pública direta ou indireta?

O fato é que a adoção de tal figura contrasta com o momento histórico, social e político em que vivemos. A sociedade cobra moralidade e seriedade dos gestores públicos, e repudia a continuidade de antigas práticas administrativas, pautadas no clientelismo, no fisiologismo e no apadrinhamento. A superação dessas antigas práticas político-administrativas, erigidas à época em que não se tinha uma cultura de moralidade e legalidade consolidadas no seio da sociedade brasileira, depende, sem dúvida alguma,

<sup>1</sup> Mais recentemente, é de se observar a situação engendrada pela MP nº 222, de 04 de outubro de 2004, a qual no seu artigo 8º autorizou o Poder Executivo a transferir, “do Quadro de Pessoal do INSS para o Quadro de Pessoal do Ministério da Previdência Social, a Carreira Auditoria-Fiscal da Previdência Social”, de modo que esses servidores passaram a compor o quadro de carreira de outro ente diverso daquele onde inicialmente ingressaram, formando nova carreira.

de uma atuação mais incisiva das instituições que possuem o papel constitucional de defender a ordem jurídica estabelecida pela Carta Constitucional de 1988<sup>2</sup>, bem como daqueles que detém o relevante papel de estudar o ordenamento jurídico-administrativo, o que, nas palavras de Konrad Hesse, significa que “todos nós estamos permanentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas”<sup>3</sup>.

A cediço que a Constituição Federal impõe limites à implementação de medidas administrativas que impliquem na investidura de servidores em outro cargo público, através de transposições ou figuras análogas, limites esses que merecem a devida compreensão e análise. A compreensão da norma constitucional faz-se premente nessa questão, mormente quando sob o manto da “racionalização administrativa” instituem-se verdadeiros “trens da alegria” no serviço público, de forma que medidas desse jaez somente podem ser adotadas em hipóteses restritas, sem afronta à moralidade administrativa e ao interesse público.

Sábias são as palavras do Min. Celso de Mello, assinaladas no voto prolatado no julgamento da ADIN nº 625/MA, *in verbis*:

O repúdio ao ato inconstitucional decorre, em essência, do princípio que, fundado na necessidade de preservar a unidade da ordem jurídica nacional, consagra a supremacia da Constituição. Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regras inscritas na Carta Política, sob pena de sua ineficácia e de sua completa inaplicabilidade<sup>4</sup>.

Perscrutaremos nesse breve artigo, ainda que de soslaio, o território ainda não muito explorado e nebuloso em que se insere a figura da “transposição de cargos públicos”, com vistas obter, ao final, posicionamento claro acerca da compatibilidade ou não desse instituto com a norma constitucional, e, por conseguinte, se é ou não possível o seu manejo pela Administração Pública.

## 2 NOÇÕES INDISPENSÁVEIS À DISCUSSÃO DA MATÉRIA

Antes de adentrarmos o cerne da questão a que nos propomos discutir, cabe conceituarmos alguns institutos administrativos que possuem vinculação direta com a matéria. Para tanto, nos socorreremos dos ensinamentos da Professora Maria

<sup>2</sup> A Consultoria-Geral da União, bem como os demais órgãos de controle prévio da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos, têm papel fundamental na implantação dessa nova cultura no seio do ordenamento jurídico do País, seja expurgando de uma vez por todas todo a herança do período que antecedeu a Constituição de 88, seja traduzindo em leis, Decretos e Medidas Provisórias o sentimento albergado na Carta Magna, de defesa da moralidade, isonomia, legalidade e eficiência.

<sup>3</sup> In. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991. p. 20.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

Sylvia Di Pietro<sup>5</sup>, que em sua prestigiada obra de Direito Administrativo apresenta as seguintes definições:

Transposição – era o ato pelo qual o funcionário ou servidor passava de um cargo a outro de conteúdo ocupacional diverso. Visava ao melhor aproveitamento dos recursos humanos, permitindo que o servidor, habilitado para o exercício de cargo mais elevado, fosse nele provido mediante concurso interno<sup>6</sup>;

promoção – forma de provimento pela qual o servidor passa para cargo de maior grau de responsabilidade e maior complexidade de atribuições, dentro da carreira a que pertence<sup>7</sup>;

provimento efetivo – é o que se faz em cargo público, mediante nomeação dependente de concurso público, assegurando ao funcionário, após dois anos de exercício, o direito de permanência no cargo, do qual só pode ser destituído por processo administrativo ou sentença judicial transitada em julgado<sup>8</sup>;

provimento derivado – é o que depende de um vínculo anterior do servidor com a Administração; a legislação anterior à atual Constituição compreendia (com pequenas variações de um Estatuto funcional para outro)

a promoção (ou acesso), a transposição, a reintegração, a readmissão, o aproveitamento, a reversão e a transferência<sup>9</sup>;

provimento originário – é o que vincula inicialmente o servidor ao cargo, emprego ou função<sup>10</sup>.

### 3 O PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO.

O princípio do Concurso Público, previsto no artigo 37, II, da CF de 1988<sup>11</sup>, admitido já há algum tempo em sede constitucional, é considerado um dos mais relevantes para a atuação do administrador público, considerando-se o seu viés moralizador e garantidor da isonomia e da eficiência no serviço público. Durante muitos anos o Poder Público brasileiro desprezou o mérito como critério de admissão de servidores, e prestigiava as indicações políticas e o apadrinhamento, o que resultava no ingresso de servidores que nem sempre primavam pelo apuro técnico e pelo preparo para o exercício do cargo para o qual estava sendo designado. Médicos, Advogados, Engenheiros, bem como profissionais de outras áreas, eram alçados a cargos públicos pelo simples

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella: *Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 381-382.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ibidem*.

<sup>11</sup> “II-a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”

fato de serem parentes ou eleitores desse ou daquele chefe político.

A Constituição de 1934 já previa o concurso público. No entanto, a exigência era totalmente esquecida pelos administradores da época, que atuavam como verdadeiros representantes de uma classe política nada interessada em defender o interesse público. Foi com a Constituição de 1988, chamada de “cidadã” por Ulisses Guimarães, que o cumprimento de tal princípio passou para a ordem do dia, como forma de oportunizar a todos o livre acesso a esses cargos, além de garantir à administração a aquisição de profissionais que detenham as condições mínimas de exercício de funções públicas<sup>12</sup>, como forma de dotar a máquina administrativa de um corpo de servidores eficiente e pronto a responder os reclamos da sociedade.

José Cretella Júnior define o concurso público como sendo “a série complexa de procedimentos para apurar as aptidões pessoais apresentadas por um ou vários candidatos que se empenham na obtenção de uma ou mais vagas e que submetem voluntariamente seus trabalhos e atividades a julgamento de comissão examinadora”<sup>13</sup>. Para Hely Lopes Meirelles é “o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade,

eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade à todos os interessados que atendam os requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, em harmonia com o que determina o art. 37, II, da CF”<sup>14</sup>.

Ainda que passível de vícios e falhas, o concurso é ainda o meio mais adequado para aferir a capacidade técnica do pretendente a cargo público, garantindo a igualdade de chances aos interessados. Na feliz observação de Cretella Jr., “embora se diga que o concurso não é isento de falhas insanáveis, afastando as maiores capacidades que, por modéstia ou timidez, não pretendem arriscar a reputação de que gozam perante comissões nem sempre unanimemente idôneas, tendo sido, por isso mesmo, repelido pelas antigas legislações da Inglaterra e da Alemanha, que, no entanto, por outros processos levaram às cátedras nomes famosos, como Kant e Ihering, embora também se diga que alguns candidatos, por acaso, podem ser beneficiados com matéria que justamente mais conheçam, não obstante se diga também que os mais brilhantes possam impressionar melhor nas provas públicas, o que ninguém pode negar é que, de todos os modos de seleção, é o único que tem o grande

<sup>12</sup> JACQUES, Paulino. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Forense, p. 507.

<sup>13</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo. De Acordo com a Constituição Federal Vigente*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 460.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 401.

mérito de arredar *in limine* os absolutamente incapazes, o único que procede de acordo com princípios informativos de índole científica”<sup>15</sup>.

Com efeito, ainda que não imune às falhas e interferências maléficas, especialmente de natureza política, o concurso público ainda se mantém como o único procedimento capaz de afastar os candidatos incapacitados para o exercício de cargo público, ou, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles, “pelo concurso afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando cargos e empregos públicos”<sup>16</sup>.

Trata-se, portanto, de instituto administrativo que é consectário de outros valores jurídicos contemplados na Carta Constitucional, considerados vetores da Administração Pública brasileira, como os da legalidade, moralidade e eficiência (artigo 37, *caput*, CF)<sup>17</sup>. Para Celso Bastos, o “concurso público é obviamente, mais do que um sorteio”<sup>18</sup>. E continua:

Respeita o princípio da igualdade na medida em que todos podem nele

se inscrever (é por isso que ele é público) e o critério da escolha repousa nos maiores méritos do candidato. Daí porque o concurso tem de necessariamente a idéia de competição aberta a todos os interessados. Mas há também de estar presente a judiciosa escolha dos critérios que poderão ser erigidos em determinados da escala de valores<sup>19</sup>.

Em suma, o concurso público visa não só preservar a isonomia entre candidatos, mas também garantir que a Administração admita servidores que estejam aptos ao exercício do cargo, de modo que a população possa ser atendida em seus anseios com um mínimo de eficiência, garantindo-se a normalidade e funcionalidade dos serviços públicos.

*Di Pietro*, com muita propriedade, explica que a exigência de concurso público, atualmente, não se aplica tão somente à primeira investidura, “o que inclui tanto os provimentos originários com os derivados, somente sendo admissíveis as exceções previstas na própria Constituição, a saber, a reintegração, o aproveitamento, a recondução e o acesso ou promoção, além da reversão *ex officio*, que não tem base constitucional,

<sup>15</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 461.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 413.

<sup>17</sup> A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

<sup>18</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. Tomo III. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 66.

<sup>19</sup> Ibidem. p. 66-67.

mas ainda prevalece pela razão adiante exposta [...]”<sup>20</sup>.

Observa com muita acuidade Alexandre de Moraes, que o Supremo Tribunal Federal construiu ao longo do tempo um sólido posicionamento de intransigente defesa do Concurso Público, “vedando expressamente tanto a ausência deste postulado, quanto o seu afastamento fraudulento, através de transferência de servidores públicos para outros cargos diversos daquele para o qual foi originariamente admitido”<sup>21</sup>.

O STF, de fato, não tem admitido, nos últimos anos, o provimento de cargos públicos a não ser pela via estreita do concurso público, situação que é confirmada pela recente Súmula nº 685. É inquestionável que essa postura da nossa maior Corte constitui-se em blindagem das mais importantes contra as freqüentes investidas dos famosos “trens da alegria”, tão comuns nos tempos de outrora, e que retornam vez por outra ao cenário jurídico brasileiro, travestidos em novas formas e configurações, calcadas em modernas “teorias” de Administração Pública, cujos idealizadores, ao que parece, desprezam princípios comezinhos do Direito e da Moral Administrativa.

#### **4 DA TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ANÁLISE CONSTITUCIONAL**

A análise da matéria pressupõe, inicialmente, que tenhamos servidores ocupantes de cargos públicos que sejam alçados, pela via legal, a outro cargo dentro da Administração Pública, e que tais cargos componham carreiras diversas, cujas atribuições previstas legalmente não se confundam e sejam específicas.

Partindo-se de tais pressupostos, há que se averiguar, portanto, se é possível, à luz da Constituição Federal, a transposição de cargos dentro da Administração Pública, seja de um órgão da administração direta para outro, seja da administração indireta para a direta.

Uma interpretação histórica dá a noção exata do que pretendeu o legislador constituinte quando inseriu a exigência do artigo 37, II, no texto constitucional. Conforme informa Dênerson Dias Rosa, “quando o legislador constituinte decidiu estatuir que a investidura em cargos públicos depende de aprovação prévia em concurso público, não pretendeu este extinguir o mecanismo de promoção como crescimento funcional dentro de uma carreira, mais, como perfeitamente aclarado na Emenda Supressiva 2T00736-1, simplesmente impedir que pudessem, no serviço público, ocorrer situações de servidores, concursados para cargos de determinadas carreiras, serem realocados para cargos integrantes

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª. Edição. São Paulo: Atlas. 1998. p. 380.

<sup>21</sup> DE MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 3ª. Edição. Atlas. P. 288.

de outras carreiras”<sup>22</sup>. E complementa: “Buscou o legislador constituinte impedir que houvesse a possibilidade de servidores serem admitidos para carreiras com mínimas exigências profissionais e depois aproveitados em cargos especializados”.

Dessa forma, é óbvio que o legislador constituinte de 1988 queria dar um “*plus*”, um diferencial ao princípio do Concurso Público no direito brasileiro, e não simplesmente repetir a norma já adotada em várias Constituições. Esse diferencial é exatamente a impossibilidade de mudança de cargos após o ingresso por concurso público em outro cargo, de modo a violar as garantias da isonomia e da aferição de capacidade técnica, objetivadas pelo procedimento do Concurso Público. O provimento derivado é, portanto, visto com reservas pelo próprio texto constitucional.

O primeiro ponto a que devemos atentar é que a transposição de cargo público constitui-se, indubitavelmente, em *provimento derivado de cargo público*, uma vez que se efetiva mediante o deslocamento de um conjunto de atribuições vinculadas ao cargo público e que compõem uma carreira específica para outro órgão ou ente público, pressupondo anterior vínculo funcional do servidor, o que implica, por conseguinte, na dispensa de concurso específico para assunção

no novo cargo. Ainda que tais transposições se apresentem nos diplomas jurídicos como simples transferência ou acomodação de cargos já existentes, ou seja, dando a impressão de que na verdade não há ali novo provimento de cargo público, mas tão somente uma “reestruturação”, uma análise mais acurada da situação, demonstra que se trata sim de provimento de cargo público efetivo, e de provimento derivado, o que, por si só, já prenuncia a inconstitucionalidade dessa figura administrativa.

A transposição, com efeito, implica no deslocamento de determinado cargo e a sua conseqüente realocação em outra unidade, alçando-se o seu ocupante para um novo quadro de servidores e para uma nova carreira, distinta da anterior.

Às vezes esse deslocamento se dá por meio de simulacros de atos administrativos, como o seria na hipótese de primeiro ocorrer a transferência de dada carreira para outro órgão ou entidade, mantendo-se inicialmente os servidores com os seus cargos e atribuições originários, para depois se proceder à transposição desses servidores para cargos existentes no novo órgão, de modo a induzir a ilação simplista de que estaria a ocorrer ali meros “reajustes” ou “reestruturação” administrativa. Ou seja, transfere-se de início a carreira

<sup>22</sup> In: O Concurso Público como Princípio Constitucional e a Promoção Interna para Cargos Organizados em Carreira.

como um todo, mantendo-a, no entanto, intacta em seus integrantes e funções, para em seguida proceder-se à transposição desses servidores na nova carreira.

Trata-se, obviamente, de medida que tenta burlar o princípio do concurso público, constituindo-se em verdadeira “fraude” à Constituição, como muito bem assevera o Ministro Maurício Correia no voto proferido no julgamento da Adin 2713/DF, em excerto cuja transcrição se impõe neste momento:

8. Veja que se admitirmos a constitucionalidade da transformação, abre-se a possibilidade de fraude – o que não é o caso presente, estou convencido –, de forma que se aprove primeiro uma lei equiparando as atribuições dos cargos que se deseja unificar para, depois, também por lei, promover a união das carreiras envolvidas, em manifesta burla à exigência prevista no inciso II do artigo 37 da Constituição Federal<sup>23</sup>.

A transposição, nesse caso, se daria em duas etapas: na primeira, seriam transpostos os cargos e atribuições para outro órgão, mantendo-se a carreira originária; na segunda fase, já consolidada a primeira situação, os cargos seriam então transpostos para carreira já existente no órgão receptor, de modo a dar um aura de “legalidade” ao ato administrativo, que estaria, aparentemente, simplesmente fundindo carreiras que compõem o quadro funcional do

órgão público, o que de certa maneira pode ser visto como um ato simulado, figura jurídica amplamente conhecida no âmbito do Direito Civil.

A teimosia e falta de técnica jurídica de alguns administradores públicos, no entanto, não tiveram ainda a necessária ressonância no seio da comunidade jurídica nacional, haja vista que a Jurisprudência consolidada na nossa Corte Maior, conforme já visto, foi acolhida com todo o vigor pela doutrina nacional, que majoritariamente tem se postado pela não-admissão de tão esdrúxula figura jurídica no direito brasileiro.

Alexandre de Moraes leciona que a exigência do concurso público se impõe à Administração Pública compulsoriamente, asseverando que as

hipóteses de transformação de cargos e a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas das iniciais, quando desacompanhadas da prévia realização de concurso público de provas ou de provas e títulos, constituem formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daqueles nos quais foi ele legitimamente admitido<sup>24</sup>.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos anota que:

O Texto Constitucional quis, sem dúvida nenhuma, repudiar aquelas

<sup>23</sup> STF: ADin 2713/DF, julgada em 18.12.2002.

<sup>24</sup> In: Direito Constitucional. 3. ed. Atlas, p. 289.



modalidades de desvirtuamento da Constituição anterior criadas por práticas administrativas, muitas vezes até com abono jurisdicional, que acabavam na verdade por costear o espírito do preceito<sup>25</sup>.

E acrescenta o seguinte:

Referimo-nos ao instituto com o da ‘transposição ao’ – citado aqui exemplificativamente, uma vez que não exclui outros -, que, com a falsa justificativa de que o beneficiado já era servidor público, guindava-o para novos cargos e funções de muito maior envergadura e vencimentos, que não nutriam, contudo, relação funcional com o cargo de origem. E tudo isso recebia o beneplácito da legalidade com o fundamento de que primeira investidura não era<sup>26</sup>.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, da mesma forma, vê com reservas o instituto da transposição ou transformação de cargos públicos, consignando que:

Deixaram de existir, com a nova Constituição, os institutos da readmissão, da transposição e da reversão, ressalvada, nesse último caso, a reversão *ex officio*, porque, nessa hipótese, desaparecendo a razão de ser da inatividade, deve o funcionário necessariamente reassumir o cargo, sob pena de ser cassada a aposentadoria<sup>27</sup>.

No plano doutrinário, portanto, vê-se que as formas de provimento derivado são repudiadas com veemência,

sendo consideradas, de maneira geral, como modo inconstitucional de provimento de cargo público.

No âmbito do Poder Judiciário o tratamento não é muito diferente. O Supremo Tribunal Federal tem também adotado a postura de repudiar a figura da “transposição”, de modo a não permitir a admissão no sistema jurídico brasileiro de qualquer forma de provimento derivado em cargo público efetivo, consoante se depreende do teor da Súmula nº 685 do STF, a qual dispõe que “é inconstitucional toda modalidade de provimento de que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”. Esse enunciado deixa patente a impossibilidade da transposição de cargos públicos para cargos que não integrem a carreira original do servidor transposto, o que implica numa interpretação restritiva da nossa maior corte acerca da aplicação do princípio constitucional do concurso público, o qual somente poderia ser olvidado por ressaltar explícita do texto constitucional, como seriam os casos dos artigos 19, 22, e 29, § 2º e 4º.

Discussão que ganhou força recentemente é a atinente à efetivação de transposição de cargos públicos para outro cargo do mesmo órgão público,

<sup>25</sup> Curso de Direito Administrativo. 3. ed. Saraiva, p. 283-284

<sup>26</sup> Idem.

<sup>27</sup> In: Direito Administrativo. 9. ed. São Paulo: Atlas, p. 381.

quando se tratar de servidor que tenha se submetido a concurso público similar em dificuldade e exigências ao, realizado para o cargo em que se dará o novo provimento, e haja, é claro, similaridade nas atribuições dos cargos. Nessa hipótese, o STF adotou posição que mitiga o rigor do princípio constitucional sob exame, conforme se vê, por exemplo, nas ADin's 2713/DF e 1.150/RJ, cujos acórdãos, aparentemente, colidem com o teor da súmula acima mencionada, muito embora se tratem de julgados isolados da nossa Suprema Corte, não se podendo dizer que tal entendimento tenha, em algum grau, tornado superado o entendimento histórico daquela Corte. Numa análise mais acurada, pode-se concluir que tais julgados nada mais são do que uma aplicação da jurisprudência consagrada na corte a situações especiais, que mereceriam, por parte do Poder Judiciário, um tratamento diferenciado, em face da peculiaridade da matéria posta à discussão. Trata-se, a bem da verdade, não de transposição, mas de unificação ou fusão de carreiras, hipótese possível quando os cargos das carreiras a serem fundidas possuem idênticas atribuições, assim como se tenha atendido, no provimento dos respectivos cargos, ao princípio do concurso público, com similaridade de exigências e complexidade.

Nessa hipótese, não basta que o servidor a ser transposto tenha se submetido a concurso público para ocupação do cargo anterior. É fundamental que esses servidores tenham se submetido a concurso com o mesmo grau de dificuldade e exigência a que foram submetidos os ocupantes do cargo para os quais eles foram transpostos, cujas atribuições ordinárias sejam também similares. Não poderia, por exemplo, haver a transposição de servidores ocupantes do cargo de fiscal, que foram submetidos a uma simples prova objetiva para outro cargo de fiscal cujo concurso exige prova objetiva, subjetiva, e curso de formação. Muito menos de servidores que foram investidos no cargo mediante ascensão funcional, no que vem a calhar a observação apresentada pelo Min. Joaquim Barbosa no bojo da ADIN n. 2713/DF<sup>28</sup>. Absurda seria, por exemplo, a transposição de Delegados da Polícia Federal para o cargo de Procurador da República, muito embora atuem em funções eminentemente jurídicas, mas que se divorciam na natureza intrínseca de cada função, que se volta para um campo específico do fenômeno jurídico-processual. O primeiro, para a investigação criminal, dirigindo-se à busca de elementos probatórios com vistas à permitir a ulterior persecução

<sup>28</sup> "Vejo, realmente, algumas dificuldades nessa transformação: a carreira de assistente jurídico preexistiu à Constituição; milhares de membros dessa carreira ingressaram, como sabemos, seja sem concurso público, seja pela via tortuosa da ascensão funcional, que é condenada por esta Corte". A referida Adin tratava da constitucionalidade da transformação dos cargos de Assistente Jurídico da AGU em cargos de Advogado da União.

penal. O outro, para a persecução penal propriamente dita, ou especificamente para o manejo de instrumentos jurídicos-processuais voltados para a defesa dos interesses mais relevantes da sociedade.

A Administração, nessa hipótese, deve atentar que tão somente os servidores que atendam o requisito do concurso público análogo possam ter acesso ao novo cargo ou à nova carreira, excluindo-se de tal provimento os que provieram de nomeações espúrias e de concursos absolutamente distintos.

Nesse sentido, registre-se o julgamento da ADIN n. 1.150-2/RS, em cuja ementa consignou-se que:

-Inconstitucionalidade da expressão ‘operando-se automaticamente a transposição de seus ocupantes’, contida no § 2º do artigo 176, porque essa transposição automática equivale ao aproveitamento de servidores não concursados em cargos para cuja investidura a Constituição exige os concursos aludidos no artigo 37, II, de sua parte permanente e no § 1º do artigo 19 de seu ADCT<sup>29</sup>.

E ainda, para rematar, citemos o teor de parte da ementa do acórdão da ADIN n. 248-1/RJ, cujo texto é o seguinte:

-Os Estados-membros encontram-se vinculados, em face de explícita previsão constitucional (art. 37,

caput), aos princípios que regem a Administração Pública, dentre os quais ressalta, como vetor condicionante da atividade estatal, a exigência de observância do postulado do concurso público (art. 37, II).

A partir da Constituição de 1988, a imprescindibilidade do certame público não mais se limita à hipótese singular da primeira investidura em cargos, funções ou empregos públicos, impondo-se à pessoas estatais como regra geral de observância compulsória.

-A transformação de cargos ou a transferência de servidores para outros cargos ou para categorias funcionais diversas traduzem, quando desacompanhadas da prévia realização do concurso público de provas ou de provas e títulos, formas inconstitucionais de provimento no serviço público, pois implicam o ingresso do servidor em cargos diversos daquele nos quais foi ele legitimamente admitido. Insuficiência, para esse efeito, da mera prova de títulos e da realização de concurso interno. Ofensa ao princípio da isonomia<sup>30</sup>.

O deslocamento de cargos da administração indireta para a direta encontra entraves ainda maiores. É que essas entidades possuem personalidade jurídica própria, e são, portanto, independentes do órgão central que as criou. Conforme leciona Di Pietro, “ela

<sup>29</sup> Julgada em 15.05.1997. DJ. 17.04.1998.

<sup>30</sup> Julg. em 18.11.1993. DJ. 08.04.1994. Ementário n. 1739 – 01.

é titular de direitos e obrigações próprios, distintos daqueles pertencentes ao ente que a instituiu”<sup>31</sup>. Possuem como atributo a auto-administração, o que implica na sua total independência em relação ao órgão central na aquisição do seu pessoal, bem como na definição de atribuições e funções dentro do seu quadro de servidores. A autonomia em alguns casos chega a ser tão relevante que a inclusão em seu quadro próprio de servidores provenientes de outros órgão pode afetar diretamente a atuação desse órgão público e a seus objetivos institucionais, como seriam os casos da universidades públicas e das agências reguladoras.

Cada ente da administração indireta pode, autonomamente, realizar concurso público para a contratação de servidores, e utilizar, nesses certames, requisitos e exigências que guardem relação direta com os seus fins específicos, diferentemente do que ocorre no âmbito da administração central. Ou seja, cada autarquia impõe aos seus servidores requisitos e exigências que lhe são próprios, no que concerne ao provimento de cargo, atribuições, e até mesmo na fixação dos vencimentos, que podem variar de ente para ente. No caso das Universidades Públicas, esse argumento é ainda mais forte, considerando a autonomia administrativa e de gestão financeira-patrimonial garantida pelo artigo 207 da Constituição Federal, o que implica

na impossibilidade de transferência de servidores ou competências desses entes para o órgão central.

Assim, servidores técnicos do Ibama ou da Funasa não poderiam ser transpostos para a União, face a peculiaridade das suas atribuições, bem como o fato de terem sido submetidos a concursos públicos com requisitos totalmente distintos, e graus de exigência variáveis. O Procurador do Departamento de Estradas de Determinado Estado da Federação, por exemplo, não poderia ser transformado em Procurador do Estado, considerando a própria natureza da atribuição exercida no órgão de origem, e a necessidade, em decorrência disso, da realização de concursos públicos mais específicos e com grau de exigência inferior ao de Procurador do Estado. Enquanto esses últimos podem ter sido submetidos a várias etapas de um concurso público, com um vasto programa, o primeiro fora admitido no serviço público mediante concurso público onde se exigiu apenas uma prova objetiva com conteúdo relacionado às atribuições do órgão (leis de trânsito, licitações e contratos, legislação específica do órgão).

Cabe, no ensejo, trazermos à baila o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, cujos julgados, de maneira geral, corroboram o entendimento acima esposado, no sentido de serem inconstitucionais as normas legais que veiculem casos de

<sup>31</sup> DI PIETRO, Op. cit., p. 318.

transposição de cargos públicos para outros órgãos ou entidades da Administração Pública<sup>32</sup>. Caso interessante é o da Adin nº 362-3, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade de artigo, da Constituição do Estado de Alagoas, no qual se concedida aos servidores públicos daquele Estado o direito à transposição a pedido, “para outro cargo público permanente, para cujo exercício haja obtido qualificação profissional suficiente, desde que, existente vaga, comprove sua aptidão em exame seletivo interno”. A Ação foi julgada procedente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo diapasão, o STF acenou para a impossibilidade de tais transposições ocorrerem quando do julgamento do Mandado de Segurança 188-0/RJ, impetrado por Procuradores Autárquicos e Fundacionais de Entidades Públicas Federais, visando a sua integração ao futuro cargo de Advogado da União. No acórdão, o

Min. Sepúlveda Pertence cristalizou o entendimento de que os impetrantes não possuíam direito líquido e certo à sua transferência ou ingresso no cargo de Advogado da União, conforme podemos ver pelos trechos do voto abaixo transcritos:

[...]

30. A conclusão se me afigura além do que o texto autoriza. No art. 29, é certo, fica implícito que a lei complementar – a exemplo do que fizera o D. 93.237/86, regulará a Advocacia Consultiva da União -, deverá disciplinar o relacionamento funcional entre a Advocacia da União e as procuradorias das autarquias; não, necessariamente, porém, que deva o legislador optar pela solução radical de dissolver, no organismo da advocacia contenciosa e consultiva da administração central, os servidores jurídicos das autarquias, que são entidades com personalidade e conseqüente capacidade processual próprias (cf. CF, art. 109, II).

31. É significativo, aliás, que essa absorção completa, ora postulada,

32 Adin 159/PA, julgada em 16.10.1992. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PRELIMINAR: EXIGÊNCIA DE DEFESA DO ATO OU TEXTO IMPUGNADO PELO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. PROVIMENTO DE CARGOS DE CARREIRA DE PROCURADOR DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA SEM CONCURSO PÚBLICO, ART. 68 DO A.D.C.T. DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 1. Preliminar: A Constituição exige que o Advogado-Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103. 2. O art. 68 do A.D.C.T. fluminense, reportando-se ao § 1º do art. 121 das disposições permanentes e ao art. 11 da Lei. nº 1.279/88, o qual alterou o art. 18 da Lei nº 804/84, determina, de forma enigmática, o “aproveitamento” de ocupantes de cargo de Assistente Jurídico na carreira de Procurador da Assembléia Legislativa. O § 1º do art. 97 da Carta de 1969 exigia concurso público para a “primeira investidura” no serviço público, e não para cargo inicial de carreira, além de ressaltar outros casos indicados em lei; permitia, pois, o provimento derivado de cargos públicos pelo acesso, transferência, aproveitamento e progressão funcional. Precedente: Repr. nº 1.163-PI. O art. 37, II, da Constituição exige concurso público para investidura em qualquer cargo público, salvo para os cargos em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração e para os cargos subseqüentes da carreira, cuja investidura se faz pela forma de provimento denominada “promoção”. Não permite, pois, o provimento por ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento de servidor em cargos ou empregos públicos de outra carreira, diversa daquela para a qual prestou concurso público. Precedente: ADIN nº 231-RJ. 3. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia do art. 68 do A.D.C.T., desde a promulgação da Constituição fluminense”.

tenha sido proposta à Constituinte, mas explicitamente recusada.

32. De fato. No projeto do relator, de setembro de 1987, é que – além da mesma regra transitória que terminou acolhida no art. 29, caput, previam-se dois parágrafos, a ditar:

‘art. 14 [...]

§ 4º Os atuais assistentes jurídicos da União, os Procuradores e advogados de ofício junto ao Tribunal Marítimo, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Procuradores ou advogados das autarquias federais passam a integrar, em caráter efetivo, a carreira de Procurador da União.

§ 5º Os órgãos consultivos e judiciais da União atualmente existentes serão absorvidos pela Procuradoria-Geral da União...’

33. Esses preceitos, no entanto, foram rejeitados: já não os contém o art. 9º, relativo à matéria, do Projeto ‘A’, resultante dos trabalhos da comissão de Sistematização. Fracassaram, em Plenário, as tentativas de reeditá-los [...].

34. Concluo, assim, que – salvo os Procuradores da República optantes (ADCT, art. 29, § 2º) – a Constituição não conferiu a ninguém direito subjetivo a integrar-se na futura da Advocacia-Geral da União, não sendo esse o momento de aferir se o pode conferir a lei complementar,

malgrado o art. 131, § 2º, do texto fundamental”<sup>33</sup>.

Existem ainda inúmeros outros julgados sobre essa matéria, o que só confirma o entendimento de que no direito brasileiro não há espaço para qualquer provimento derivado de cargo público, e que a administração deve sempre atentar para o atendimento do princípio do concurso público, o que implica, inevitavelmente, na não admissão de formas de provimento derivado de cargos públicos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para rematar, calha citar acórdão proferido pelo Pretório Excelso, na qual resta consignado, de forma veemente, o repúdio a tal forma de investidura em cargo público:

TRANSFORMACAO, EM CARGOS DE CONSULTOR JURIDICO, DE CARGOS OU EMPREGOS DE ASSISTENTE JURIDICO, ASSESSOR JURIDICO, PROCURADOR JURIDICO E ASSISTENTE JUDICIARIO-CHEFE, BEM COMO DE OUTROS SERVIDORES ESTAVEIS JA ADMITIDOS A REPRESENTAR O ESTADO EM JUIZO (PAR 2. E 4. DO ART. 310 DA CONSTITUICAO DO ESTADO DO PARA). INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA POR PRETERICAO DA EXIGENCIA DE CONCURSO PUBLICO (ART. 37, II, DA CONSTITUICAO FEDERAL). LEGITIMIDADE ATIVA E PERTINENCIA OBJETIVA DE ACOAO RECONHECIDAS POR MAIORIA”<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> MI n. 188-0, julgado em 11.06.90. DJ de 22.02.91. Para os que defendem, no âmbito da Advocacia Pública Federal, uma unificação total das carreiras, com a inclusão dos Procuradores Autárquicos e Fundacionais na AGU, esse julgado demonstra que a idéia não é nada original, e que já havia sido expressamente rejeitada durante a Constituinte, onde se sugeriu até a criação da carreira de Procurador da União, além de ter sido nesse acórdão rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal, que preferiu garantir a estruturação da Advocacia-Geral da União tal como previsto na Carta Constitucional de 88.

<sup>34</sup> ADI 159 / PA. Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI Publicação: DJ DATA-02-04-93 Julgamento: 16/10/1992 - TRIBUNAL PLENO.

## 5 CONCLUSÕES.

Após o exposto, conclui-se que:

a) a transposição, ou transformação, é forma de provimento derivado de cargo público, sendo, portanto, inconstitucional;

b) é inconstitucional a transposição de cargos da administração indireta para a administração indireta;

c) a jurisprudência mansa e pacífica do Supremo Tribunal Federal rejeita o provimento derivado de cargo público no direito brasileiro, sendo nulo

o ato administrativo que implemente tal medida e totalmente inconstitucional a norma jurídica sob a qual se fundamenta a atuação administrativa;

d) há entendimento recente do Supremo Tribunal Federal, em julgados isolados, que admite a reestruturação de carreiras com o deslocamento de cargos, o qual pode se dar, excepcionalmente, no âmbito interno dos órgãos administrativos, e desde que atendidos alguns requisitos, como a similaridade de atribuições e concurso público assemelhado em exigências e requisitos.

## 6 REFERENCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

DE MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense.